

FOCUS TMT – 21 NOVEMBRE 2016

La declinazione della *net-neutrality* nel
Regolamento europeo 2015/2120.
Un primo passo per garantire

di Marco Orofino
Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

La declinazione della *net-neutrality* nel Regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire un'Internet aperta?*

di Marco Orofino

Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Milano

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le origini della *net-neutrality* nel contesto nordamericano. – 3. La nozione di *net-neutrality* riferita alla rete Internet: la controversa qualificazione degli ISP come *common carriers*. – 4. La declinazione europea della *net-neutrality*. – 5. La normativa in materia di *net-neutrality* nel Regolamento 2015/2120. – 5.1. *Traffic management* – 5.2. Servizi ottimizzati. – 5.3. Nuove misure a tutela degli utenti – 5.4. Nuove competenze in capo alle ANR – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Vi sono parole o espressioni che assurgono, in modo più o meno improvviso, all'onore delle cronache. Esse trasmigrano da un ordinamento giuridico all'altro¹, da un contesto essenzialmente regolamentare al dibattito politico diventandone parole chiave. Talvolta, esse suscitano per la loro capacità evocativa imprevedibili passioni nell'opinione pubblica. Questa migrazione dà spesso al termine una nuova profondità. La nozione originaria acquisisce nuovi profili o addirittura muta in profondità, trascolorando in una nozione nuova.

Questo è esattamente ciò che avvenuto con la *neutralità della rete*.

Da espressione legata essenzialmente al contesto americano e a due precise opzioni regolamentari riguardanti il settore delle telecomunicazioni, la neutralità della rete è divenuta con lo sviluppo di Internet una nozione polisensa, utilizzata in tutto il mondo. Essa è entrata anche a far parte del lessico del diritto

* Articolo sottoposto a referaggio. . Il contributo trae origine dalla relazione tenuta nell'ambito del Seminario interdisciplinare su "La neutralità impossibile. Che cos'è e a cosa serve il principio di neutralità della rete internet" organizzato dal Dipartimento di Scienze politiche, della comunicazione e delle relazioni internazionali, in collaborazione con il Centro di Studi Costituzionali, dell'Università degli Studi di Macerata

¹ Sulla circolazione degli istituti e dei modelli giuridici e sul ruolo dei formanti dell'ordinamento non si può prescindere dall'opera di R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici in Digesto disc. privat.*, 365 ss.

costituzionale ed è stata intesa, insieme alla nozione correlata, ancorché più ampia, di *open internet*, come presupposto e presidio dell'agire libero dei cittadini in rete².

Questo lavoro ha come principale oggetto il Regolamento EU n. 2015/2120 con cui, per la prima volta, l'Unione europea è intervenuta normativamente in materia di neutralità della rete³.

Per contestualizzare l'intervento regolamentare europeo, i primi paragrafi di questo scritto saranno, però, dedicati all'analisi della nozione di *net-neutrality* ed alla sua evoluzione nel contesto giuridico americano. Nei paragrafi centrali l'attenzione sarà rivolta all'ingresso della nozione nel contesto europeo e specificamente al contenuto del Regolamento 2015/2120. Nell'analisi delle norme particolare risalto sarà dato agli effetti che esse producono sui fornitori di servizi di accesso alla rete, sui cittadini/utenti e sulle Autorità nazionali di regolazione (così dette ANR) cui è largamente demandata l'attuazione. Infine, le conclusioni saranno dedicate all'emersione di nuove questioni che sorgono dai rapporti tra soggetti

² V. in proposito, sulla rilevanza costituzionale della *net-neutrality* il saggio di G. De Minico, *Net-neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo*, 1, 2016 ora anche in Id., *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Giappichelli, Torino, 2016, 183 ss. Per la rilevanza costituzionale della rete Internet v. anche l'interessante inquadramento di P. Marsocci, *Lo spazio di Internet nel costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2011; e, nel diritto internazionale, di A.L. Valvo, *Diritto di accesso e neutralità di Internet nel diritto internazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 1, 97 ss.

L'impatto della rete Internet sui diritti fondamentali è stato oggetto recente di molti ed articolati studi.

Nella dottrina italiana la distinzione principale è tra chi ritiene la carta costituzionale di per sé sufficiente attraverso l'attività interpretativa a dare soluzione a molti dei problemi di natura costituzionale che il web produce (v. in proposito e con accenti diversi P. Passaglia, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. Nisticò, P. Passaglia, *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, 55 ss.; M. Betzu, *Regolare internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2012) e chi, invece, ritiene, in tutto o in parte insufficiente, tale prospettiva. v

In questa seconda corrente di pensiero si collocano molti e diversi tentativi ricostruttivi. In proposito *ex plurimis* occorre, innanzitutto, ricordare gli studiosi che, legati ad una concezione della contemporaneità come in bilico tra realtà reale e realtà virtuale, sostengono la necessità di una carta dei diritti di Internet per la tutela delle libertà in rete. In proposito, il riferimento è, innanzitutto, al pensiero di S. Rodotà, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, 337 ss., nonché Id., *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

Diversa è, invece, la prospettiva in cui si muove T.E. Frosini, *Liberté, Egalité, Internet*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015 che conduce l'A. all'individuazione della libertà informatica come presupposto dell'agire libero in rete sostenendo la possibilità che tale libertà possa essere dedotta costituzionalmente attraverso l'interpretazione oppure oggetto di un intervento volto alla sua costituzionalizzazione.

Una diversa tesi, prospettata da chi scrive è quella per cui la profonda trasformazione tecnologica richiederebbe oltre a nuove e cogenti norme di livello internazionale anche un intervento sul piano interno per riportare in asse le previsioni costituzionali novecentesche in tema di diritti fondamentali con il nuovo contesto storico e tecnologico. Si v. in proposito M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. 207-220.

³ Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 310, 26 novembre 2015, p. 1.

operanti nell'ecosistema di Internet⁴ e che sono in grado di incidere già oggi, e sempre più in futuro, sul grado di apertura della rete Internet.

2. Le origini della net-neutrality nel contesto nordamericano

La nozione di *neutrality* applicata alle reti di trasmissione trova le sue origini addirittura nella legislazione degli Stati della Federazione americana della metà del XIX secolo. La prima storica normativa è quella dello Stato di New York che, nel 1848, stabilì che i gestori della rete telegrafica fossero tenuti ad instradare i messaggi indifferentemente dal loro contenuto⁵. L'intervento legislativo dello Stato di New York ebbe un'eco assai importante e fu rapidamente preso a modello da molti legislatori statali⁶.

Le enormi potenzialità dischiuse dallo sviluppo del nuovo mezzo di comunicazione a distanza e la necessità di interconnettere le diverse reti telegrafiche statuali fecero sì che, ben presto, anche il legislatore federale intervenisse. La prima legislazione federale risale al 1860, antecedente dunque di un anno all'inizio della Guerra di secessione, fu approvata per incoraggiare la costruzione di reti telegrafiche verso il Pacifico che unissero *West e East Coasts* degli Stati Uniti. In essa troviamo espresso, a carico dei gestori delle reti telegrafiche in costruzione, il medesimo divieto di discriminazione già introdotto per le reti esistenti nelle legislazioni statali⁷.

Il divieto di discriminazione fu successivamente esteso a tutti gli operatori nel 1888 con l'approvazione del *Telegraph Lines Act* che attribuì all'*Interstate Commerce Commission*, prima autorità indipendente ad essere istituita a livello federale, la competenza a regolare anche i servizi telegrafici⁸.

Da questo punto di vista e per fissare le coordinate del principio di neutralità nel contesto storico americano è fondamentale ricordare il successivo *Mann Elkins Act* del 1910⁹. La legislazione federale in

⁴ Per un'analisi del concetto darwiniano di ecosistema applicato al campo delle scienze economico-sociali ed in particolare alle industrie dell'*Information and Communications Technologies* si v. M. Fransman, *The New ICT Ecosystem*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

⁵ V. *An Act to Provide for the Incorporation and Regulation of Telegraph Company*, 12 Apr. 1848, Laws of the State of New York, Chap. 340, p. 739.

⁶ V. per dettagliati riferimenti a tali normative, W.K. Jones, *The Common Carrier Concept as Applied to Telecommunications: A Historical Perspective*, 1980, <http://www.cybertelecom.org/notes/jones.htm>.

⁷ La Section 3 prevedeva espressamente che "messages received from any individual, company, or corporation, or from any telegraph lines connecting with this line at either of its termini, shall be impartially transmitted in the order of their reception, excepting that the dispatches of the government shall have priority" V. *Pacific Telegraph Act of 1860, "An Act to Facilitate Communication between the Atlantic and Pacific States by Electric Telegraph," Ch. 137, U.S. Stat., 36th Cong., 1st Sess. (June 16, 1860)*

⁸ 25 Stat. 384, Aug 7, 1888.

⁹ Il *Mann-Elkins Act* del 1910 (61st Cong., 2d sess., 2 (1934)) è uno degli atti federali più importanti approvati sotto la Presidenza di William Taft e rientra a pieno titolo nel programma del cd. *Progressive Movement*, una fase riformista iniziata con la Presidenza Roosevelt e successivamente continuata da Taft e Wilson.

questione, recependo, infatti, alcune annotazioni della Corte suprema¹⁰, attribuì esplicitamente ai gestori dei servizi telegrafici e ai gestori dei servizi telefonici la qualificazione di *common carriers*¹¹. In proposito occorre ricordare che, nella *common law*, la nozione di *common carrier* indica un individuo, una società privata o un soggetto pubblico che offre a terzi soggetti, su base regolare, un servizio di trasporto di persone e/o merci. In sintesi, i soggetti qualificati *common carriers*, diversamente dai *private carriers*, incontrano nella loro attività d'impresa tutta una serie di limiti che il legislatore pone a tutela dei soggetti che utilizzano il loro servizio¹².

Anche in questo caso, occorre dire che il Congresso americano giunse a ruota degli Stati membri che già da un ventennio avevano iniziato a riconoscere non solo nella legislazione ordinaria, ma talvolta anche a livello costituzionale, la rilevanza pubblica del servizio telegrafico e telefonico¹³.

L'estensione di tale qualifica ai gestori dei servizi telegrafici e telefonici divenne completa con l'approvazione del *Communication Act* del 1934 che ridefinì le regole applicabili al settore specificando l'obbligo di applicare tariffe ragionevoli, di non discriminare tra i fruitori e di essere neutrali rispetto ai messaggi telegrafici o alle telefonate che essi veicolano¹⁴.

Dalla previsione appena ricordata discende l'obbligo, tuttora vincolante, che l'instradamento delle chiamate telefoniche debba avvenire esclusivamente sulla base del criterio del *first come first served* in modo, quindi, indipendente sia da mittente e destinatario sia dal contenuto della comunicazione.

Altrettanto importante è ricordare che il *Communication Act* del 1934 istituì la *Federal Communication Commission* (FCC) e, ad essa delegò, le funzioni di regolazione del settore delle telecomunicazioni, affidate

¹⁰ La Corte Suprema nella sentenza *Express Company v. Caldwell*, 88 U.S. 264 (1874) aveva definito i *common carriers* come “corporations chartered for the promotion of public convenience”. Successivamente in *Telegraph Company v. Texas*, 105 U.S. 460 (1881) aveva chiarito che “a telegraph company occupies the same relation to commerce as a carrier of messages, that a railroad company does as a carrier of goods” e che “they are both indispensable to those engaged to any considerable extent in commercial pursuits”

¹¹ Una ricostruzione assai accurata delle conseguenze di tale riconoscimento è tracciata da R. Frieden, *Contamination of the common carrier concept in telecommunications*, in *Telecommunications Policy* 19, 9, 1995, 685 ss.

¹² L'offerta del servizio di trasporto di beni e persone al pubblico e la sua regolarità sono gli elementi che distinguono il *common carrier* dal *private carrier* che invece opera solo occasionalmente. V. in proposito *Alexander v. Greene*, 7 Ill. (N. Y.) 564; *Hell v. Pidgeon*, (D. C.) 5 Fed. 634; *Wyatt v. Irr. Co.*, 1 Colo. App. 480, 29 Pac. 006. Sulle caratteristiche del *private carrier* cfr. anche *Allen v. Sackrider*, 37 N.Y. 341 (1867).

¹³ V. in proposito l'Art. XII, sec. 19 (1889) della Costituzione di Washington, l'Art. IV, Sec. 7; Art. X, Sec. 2, 7 (1890) della Costituzione del Wyoming, l'Art. 7, sec. 186, 195 (1890) della Costituzione del Mississippi che dichiararono *common carriers* i fornitori di servizi telegrafici; la Sec. 199, 201 (1891) della Costituzione del Kentucky, l'Art. 9, sec 3, 5, 7 (1895) della Costituzione della North Carolina e l'Art 284, 286, 287 (1898) della Costituzione della Louisiana che proibivano discriminazione nell'instradamento dei messaggi e delle telefonate. Cfr. W.K. Jones, *The Common Carrier Concept as Applied to Telecommunications: A Historical Perspective*, cit.

¹⁴ *Communications Act*, June 19, 1934, ch. 652, title VII, § 709, oggi confluito con le opportune modificazioni nel 47 U.S. Code § 202 - *Discriminations and preferences*. V. in proposito, P.K. Pitsch, A.W. Bresnahan, *Common Carrier Regulation of Telecommunications Contracts and the Private Carrier Alternative*, in *Federal Communications Law Journal*, 48, 3, 1996, 447 ss.

in precedenza all'*Interstate Commerce Commission*. La nuova Autorità indipendente divenne immediatamente, e lo è ancora oggi, un attore chiave nell'ordinamento federale statunitense per ciò che riguarda la regolazione del settore delle comunicazioni.

A mezzo secolo di distanza dal *Communication Act* del 1934, la nozione di *neutrality* riemerse nel dibattito giuridico americano mostrando un nuovo profilo. Infatti, una volta intrapresa, all'inizio degli anni Ottanta, la strada della liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni¹⁵, nella dottrina americana, si accese il dibattito sull'ammissibilità dell'integrazione verticale tra operatore di rete e fornitore di servizi di telecomunicazione¹⁶.

I sostenitori del divieto di integrazione verticale ritenevano che, in un contesto liberalizzato, la separazione tra operatore di rete e fornitore di servizi fosse l'unico rimedio efficace per preservare la *net-neutrality*, intesa come garanzia che l'operatore di rete non avrebbe discriminato i fornitori di servizi nuovi entranti per contrastare il loro ingresso sul mercato e mantenere la propria posizione di mercato¹⁷.

La neutralità della rete ed il divieto di discriminazione del traffico venivano, dunque, declinati, in quel dibattito, come strumento per salvaguardare la concorrenza nel mercato dei servizi di telecomunicazione e, quindi, come limite all'autonomia d'impresa dell'operatore di rete nei confronti dei fornitori del servizio¹⁸.

Molto prima dello sviluppo commerciale del web 2.0, il principio di neutralità della rete era stato, dunque, utilizzato, nel contesto americano, per rincorrere due obiettivi diversi. Da un lato, esso doveva servire a regolare i rapporti tra i fornitori di un servizio *common carrier* (il telegrafo prima ed il telefono dopo) e gli utenti e, da un altro lato, esso era invocato, in un contesto liberalizzato, per disciplinare i rapporti tra operatori di rete e fornitori di servizi, imponendo ai primi obblighi di non discriminazione.

Diversamente da quanto è accaduto in Europa, va detto però che il regolatore americano non ha seguito la strada della regolazione *ex ante* al fine di garantire pienamente la neutralità delle reti preferendo affidarsi prevalentemente alla normativa *antitrust*. Gli operatori di rete sono stati, di conseguenza, quasi

¹⁵ V. in proposito la ricostruzione di A. Stone, *Public Service Liberalism: Telecommunications and Transitions in Public Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1991.

¹⁶ Cfr. in proposito C.S. Yoo, *Beyond Network Neutrality*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 19, 1, 2005, 1 ss.

¹⁷ Coloro che invece si opponevano al divieto di separazione strutturale e, quindi, in quel contesto, al principio di neutralità della rete sostenevano che tale rimedio strutturale fosse dannoso per lo sviluppo delle reti, per la loro duplicazione e, infine, potesse frenare l'innovazione e la crescita complessiva del settore. V. per un'approfondita ricostruzione T. Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, 2, 2003, 141 ss.

¹⁸ V. in proposito J.B. Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection* in *Fed. Comm. Law Journal*, 54, 2001-2002, 225 ss.

completamente sollevati dagli obblighi di *unbundling* e gli operatori delle reti via cavo mai soggetti all'obbligo di consentire l'accesso alla propria rete a fornitori di servizi non infrastrutturati¹⁹.

3. La nozione di net-neutrality riferita alla rete Internet: la controversa qualificazione degli ISP come common carriers

Con lo sviluppo della rete Internet, il dibattito pubblico sulla *net neutrality* riesplode negli Stati Uniti già a partire dalla fine del secolo scorso. In via di prima approssimazione, il principio di neutralità esige, nel contesto di Internet, che ogni comunicazione elettronica che “viaggia” sulla rete sia trattata allo stesso modo, prescindendo quindi dalla macchina che la invia e dalla macchina che la riceve, dal suo contenuto, dal servizio o dall'applicazione²⁰.

Per comprendere i diversi profili della questione occorre, innanzitutto, tener sempre presente quello che tecnicamente è la rete Internet²¹. Da un punto di vista logico, essa si configura come un sistema di dati e di utenti distribuito mentre da un punto di vista fisico, si tratta di un insieme di *hardware*, collegamenti e protocolli che permettono la comunicazione tra macchine remote.

Le due nozioni, quella logica e quella fisica, illuminano immediatamente le due caratteristiche strutturali dell'architettura di rete che servono per comprendere fino in fondo il dibattito sulla *net-neutrality*.

Da un lato, l'adesione originaria ad un modello distribuito, in cui l'intelligenza risiede nei terminali di rete e non in una centrale. Non esiste, dunque, un unico centro di gestione della rete Internet. Questo è l'esatto contrario di quanto avviene nelle reti di telecomunicazioni dove esiste un gestore perché la rete di trasmissione è centralizzata, intelligente e semmai sono i terminali ad essere inerti o “stupidi”.

Da un altro lato, occorre segnalare la presenza nel complesso ecosistema di Internet di diverse categorie di soggetti che possono tecnicamente intervenire, in modo diretto o indiretto sulle comunicazioni di dati tra i diversi punti della rete, impedendo o rendendo difficoltoso il transito oppure agevolandolo²².

¹⁹ V. sulle differenze di approccio tra Stati Uniti ed Europa, S. Wallstein, S. Hausladen, *Net neutrality, Unbundling, and their Effect on International Investment in Next-Generation Network*, in *Review of Network Economics*, 8, 1, 2009, 90 ss. spec. 91-92. In merito alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sull'*essential facility doctrine*, v. B. Brancoli Busdraghi, *Accesso alla rete, regolamentazione e concorrenza fra Stati Uniti, UE ed Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 7, 781 ss.

²⁰ L'espressione è talmente polisensa che non c'è una definizione comune di *net-neutrality*. V. in proposito l'analisi di J. Krämer, L. Wiewiorra, C. Weinhardt, *Net neutrality: A progress report*, in *Telecommunications Policy*, 37, 9, 2013, 794 ss.

²¹ Assai chiaro su Internet come rete di reti è F.G. Pizzetti, *Nell'era della Rete*, Torino, Giappichelli, 2000.

²² Il dibattito, in particolare negli Stati Uniti si è a un certo punto “incartato” sulla questione se Internet fosse *ab origine* neutrale e, dunque, dovesse essere mantenuto così per preservarne la capacità d'innovazione oppure se ciò non fosse vero e, dunque, tale argomento valesse a contrario. V. in proposito, da un lato, le posizioni espresse ex multis da D. Weitzner, *An Information Architecture for Open Societies*, in <http://dig.csail.mit.edu/2006/06/neutralnet.html> e, all'opposto, da D.A. Hass *The Never-Was-Neutral Net and Why Informed End Users Can End the Net Neutrality Debates*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 22,4, 2007, 1566 ss.

Il più noto tra questi soggetti, anche se occorre precisare che esso non è certamente l'unico, in grado di intervenire sulle comunicazioni di dati tra i diversi punti della rete²³, è l'*Internet Service Provider* (ISP), il quale essendo connesso a una infrastruttura fisica (fissa, mobile, metallica, in fibra, via onde radio) fornisce l'accesso alla rete e consente, dunque, l'instradamento su di essa delle comunicazioni elettroniche²⁴.

L'ISP ha rapporti, a monte, con l'operatore di rete fissa o mobile e, a valle, con gli acquirenti di capacità trasmissiva che possono essere sia semplici cittadini/utenti sia fornitori di servizi di comunicazione elettronica. In questa categoria rientrano soggetti tra loro diversissimi per tipologia di servizio: si va dal fornitore di un servizio della società dell'informazione, al fornitore di servizi *over the net*, al fornitore di servizi media lineari (IPTV o OTT TV) e a catalogo, e al fornitore di applicazioni.

Per quanto riguarda i rapporti dell'ISP con l'operatore di rete, essi rientrano nella tradizionale dialettica tra operatore integrato (proprietario della rete e fornitore, in qualità di ISP, di accesso alla rete) e fornitore di servizi di accesso non infrastrutturato. In proposito, la nozione di *net-neutrality* continua ad essere utilizzata nel dibattito americano, pur aggiornata nella dicotomia del rapporto, che non è più solo tra operatore di rete e fornitore dei servizi di telecomunicazione, ma anche tra operatore di rete e fornitore del servizio di accesso alla rete, come mezzo per garantire la concorrenzialità del mercato.

Per quanto riguarda, invece, i rapporti tra gli ISP e i fruitori del servizio, la nozione di *net-neutrality* acquisisce un nuovo profilo consistente nel divieto per l'ISP di discriminare tra i fruitori del proprio servizio di accesso e di imporre limitazioni all'instradamento di dati in ragione del servizio, dell'applicazione o del contenuto che essi incorporano.

La questione, inizialmente limitata ai rapporti tra ISP e cittadini utenti, si complica assai con il progresso tecnologico e con lo sviluppo del web 2.0, che consente, come noto, la proliferazioni di soggetti che operano "over the net", di qui la loro definizione di OTT, offrendo a loro volta servizi ed applicazioni di vario genere che utilizzano porzioni sempre crescenti di capacità trasmissiva²⁵.

La risposta americana al nuovo dilemma ruota tutta intorno ad una vecchia questione, cioè al fatto se sia possibile estendere anche all'*Internet Service Provider* la qualifica di *common carrier*, in quanto tale

²³ Vale la pena di segnalare che con lo sviluppo del *web 2.0*, inteso come nuovo paradigma dinamico, che moltiplica servizi, applicazioni e contenuti e conduce a ibridazione delle tre categorie classiche (operatore di rete, fornitore di servizi, fornitore di contenuti) nuovi soggetti intervengono indirettamente, ma non per questo in modo meno pregnante, sulla circolazione dei dati tra i diversi punti della rete. Si pensi ad esempio ai *Content Delivery Networks* che provvedono alla memorizzazione temporanea dei dati al fine di contrastare eventuali congestioni della rete di trasmissione.

²⁴ Il termine ISP è utilizzato per riferirsi ai fornitori dell'accesso ad Internet (*Internet access service providers*). Gli ISP possono invero anche fornire servizi specializzati.

²⁵ Spiega in maniera assai chiara la trasformazione prodottasi il volumetto di F. Bernabè, *Libertà vigilata. Privacy, sicurezza e mercato nella rete*, Laterza, Roma-Bari, 2012

riconoscimento è il presupposto teorico necessario ed imprescindibile per imporre a tale soggetto divieti di non discriminazione nell'esercizio della propria libertà di impresa²⁶.

Occorre ricordare in proposito che il *Telecommunications Act 1996* aveva provveduto a distinguere gli "information services" dai fornitori di servizi di telecomunicazione di base che, come si è detto, erano stati storicamente qualificati come *common carriers* dal *Communication Code* del 1934. Questa scelta aveva l'obiettivo di un'ampia *deregulation* delle attività svolte dagli *information services*, in modo coerente con tale impostazione la FCC aveva proceduto a ricondurre progressivamente gli ISP in tale categoria²⁷.

Quindici anni più tardi, nel 2010, in un contesto tecnologico ormai profondamente diverso ed in cui il tema della *net-neutrality* era ormai esploso nella sua attuale versione, la FCC dopo aver scartato la possibilità di riclassificare gli ISP come *common carriers* decideva, invece, di emanare l'*Open Internet Order* con lo scopo di evitare la creazione di un Internet a due velocità e di vietare limitazioni all'accesso²⁸. Verizon, uno dei più importanti ISP americani, proponeva ricorso contro tale ordine che era stato adottato non sul presupposto delle norme che abilitano la *Federal Communication Commission* a dettare regole per i fornitori *common carrier* ma sulla base della *Section 706* del *Telecommunication Act* del 1996 che affida alla FCC il compito di intervenire per promuovere la diffusione presso tutti i cittadini americani, su base ragionevole e tempestiva, dei servizi avanzati di telecomunicazione²⁹.

Il 14 gennaio 2014, la *US Court of Appeals, DC Circuit* ha accolto il ricorso proposto da Verizon sulla base della constatazione che la FCC non aveva titolo ad intervenire a dettare norme regolamentari anti-discriminazione al di fuori del quadro normativo previsto per i *common carriers*³⁰.

Facendo seguito a tale decisione, un anno più tardi, la *Federal Communication Commission* ha provveduto, con un voto di stretta maggioranza, a riclassificare gli ISP, sia quelli che forniscono accesso alla rete fissa sia quelli che forniscono accesso alla rete mobile, come *common carrier*. In questo modo ha fatto sì che ad

²⁶ Per un'efficace ricostruzione del dibattito e per conclusioni contrarie alla prospettiva di allargare la platea dei *common carriers* v. C.S. Yoo, *Is there a Role for Common Carriage in an Internet-based World?*, in *Houston Law Review*, 51, 2, 2013, 545 ss.

²⁷ V. in proposito l'esplicita decisione della FCC, *In the Matter of Appropriate Regulatory Treatment for Broadband Access to the Internet Over Wireless Networks*, 23 marzo 2007, 07-30,

²⁸ FCC, *In the Matter of Preserving the Open Internet*, 22 dicembre 2010, 10-201, 17905. La decisione seguiva il caso dell'operatore via cavo Comcast che nel 2008 aveva deciso di implementare tetti al consumo della banda da parte degli utenti. Cfr. sulla questione

²⁹ La *Section 706* del *Telecommunication Act* del 1996 è confluita nel 47 U.S. Code § 1302 intitolato *Advanced Telecommunication incentives*. La normativa in questione attribuisce, per i fini specificati, alla FCC anche un potere regolatorio per "promote competition in the local telecommunications market" e "remove barriers to infrastructure investment".

³⁰ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Verizon v. Federal Communications Commission*, 14 gennaio 2014, No. 11-1355. V. nella dottrina italiana l'articolato commento di M.L. Mariniello, "Net neutrality" e qualificazione dei servizi di accesso alla banda larga dopo il caso *Verizon*: quale lezione per l'Europa?, in *Munus*, 2014, 3, 533 ss.

essi fossero pienamente applicabili i generali divieti di discriminazione previsti per le altre *utilities*³¹, e ha dettato regole *ad hoc* riguardanti l'obbligo di essere neutrali ed il divieto di rallentare o velocizzare determinati pacchetti di dati³².

4. La recente declinazione europea della net-neutrality

In Europa, la nozione di *net-neutrality* si afferma nel dibattito pubblico solo con lo sviluppo del web 2.0 e, dunque, in tempi molto più recenti rispetto a quanto accaduto negli Stati Uniti d'America³³. Questo avviene per due ragioni che vale la pena di ricordare per chiarire, fin da principio, la diversità d'approccio dell'Europa alla questione.

La prima ragione è legata al fatto che la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni è stata, nell'ambito dell'Unione europea, fin da subito fondata sulla regolazione (simmetrica ed asimmetrica) dell'accesso alle reti di telecomunicazione³⁴. Questo è avvenuto, in una prima fase, puntando a realizzare la *service based competition*, che imponeva il diritto di accesso alla rete dell'ex monopolista a costi e livelli di qualità uguali per tutti i fornitori; in una seconda fase, a partire dalle direttive del 1996, puntando ad una *network based competition* che mirava alla duplicazione delle reti di trasmissione attraverso la previsione del diritto di accesso disaggregato alla rete (cd. *unbundling*) dell'ex monopolista³⁵.

Per cui un problema di *net-neutrality* nei rapporti tra operatore e fornitore non si è mai posto nei termini propri del contesto americano, in quanto l'Unione europea ha preferito, fin da subito, provvedere a regolamentare l'accesso e, in particolare, a vincolare l'autonomia d'impresa dell'operatore di rete dominante³⁶.

³¹ Ai sensi del Titolo II, la Sezione 202 del Telecommunication Act afferma chiaramente che i *common carriers* non possono "make any unjust or unreasonable discrimination in charges, practices, classifications, regulations, facilities, or services."

³² Cfr. FCC, *In the Matter of Protecting and Promoting Open Internet. Report and Order on Remand, Declaratory Ruling and Order*, 26 Feb. 2015, FCC-15-24.

³³ V. in proposito M. Cave e P. Crocioni, *Does Europe Need Network Neutrality Rules?*, in *International Journal of Communication*, 1, 2007, p. 669, F. Chirico, I.M. van der Haar e P. Larouche, *Network Neutrality in the EU*, in *TILEC Discussion Paper n. DP2007-030*, 2007. Nella dottrina italiana v. la pregevole ricostruzione di A. Fachechi, *Net neutrality e discriminazioni arbitrarie*, in *Il Foro napoletano - Nuova Serie*, 2015, 2, pp. 341-360.

³⁴ M. Cave e P. Crocioni, *op.ult.cit.* Un esame assai acuto dell'integrazione tra regolazione simmetrica cioè consistente in obblighi imposti a tutti gli operatori e regolazione asimmetrica imposta ai soli operatori riconosciuti come dominanti è svolto da S. Mannoni, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Il Mulino, Bologna, 2014, 111 ss.

³⁵ Sia consentito rinviare sulle due diverse strategie a M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffrè, Milano, 2008, 121-128.

³⁶ Il problema potrebbe porsi in termini simili se si decidesse di incentivare la creazione delle reti di nuova generazione attraverso allentamenti dei vincoli regolatori, ma occorre precisare che questo non è al momento la strada seguita a livello europeo.

La seconda ragione risiede nella diversa qualificazione storica dei servizi telegrafici e telefonici: *common carriers* negli Stati Uniti d'America e servizi pubblici nell'Europa continentale peraltro forniti, fino agli novanta del secolo scorso, in regime di monopolio da un soggetto pubblico oppure da un operatore formalmente privato, ma a totale o prevalente capitale pubblico.

Le nozioni di servizio pubblico e di *common carrier* erano tra loro assai diverse e la distanza non si è annullata nemmeno con la liberalizzazione europea dei servizi di telecomunicazione e con le conseguenti privatizzazioni degli operatori pubblici. Invero, anche la nozione di servizio universale introdotta dalla legislazione europea mantiene differenze sostanziali rispetto a quella di *common carrier*³⁷.

Essa prevede, infatti, che taluni servizi, ritenuti essenziali per i cittadini europei, siano forniti universalmente, a tariffe accettabili, a livelli di qualità determinati e soprattutto possano essere finanziati, nel loro costo netto, attraverso un intervento pubblico. L'intervento dello Stato non è solo di tipo regolamentare, ma si estende al finanziamento diretto del costo netto del servizio, ossia dedotti i ricavi, e dunque anche in parziale deroga alle norme europee sugli aiuti di stato³⁸.

Parallelamente all'introduzione della nozione di servizio universale, l'Unione europea ha definito progressivamente un quadro normativo a tutela dei cittadini/utenti assai dettagliato, che ha indubbiamente avuto nel *Framework 2002*, come modificato dal *Telecom Package* nel 2009, un importante approdo, colmando così anche alcune storiche lacune che affliggevano, in taluni Stati membri, la protezione dei consumatori³⁹.

Questa diversa impostazione di fondo dei rapporti tra operatori e fornitori e tra fornitori e utenti ha fatto sì che, con l'evoluzione di Internet, il rapporto tra *Internet Service Provider* e acquirenti di capacità trasmissiva sia stato, innanzitutto, declinato all'interno del contesto normativo esistente⁴⁰.

Per cui il *Telecom Package* del 2009, da un lato, ha introdotto tra gli obblighi di servizio universale quello di garantire qualsiasi richiesta ragionevole di connessione in postazione fissa a una rete di comunicazione pubblica in grado di supportare le comunicazioni vocali, facsimile e “dati, a velocità di trasmissione tali da consentire un accesso efficace a Internet, tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza degli abbonati e della fattibilità tecnologica”; da un altro lato, ha previsto che le autorità nazionali di regolamentazione possano fissare obiettivi qualitativi per le imprese assoggettate ad obblighi di servizio universale”.

³⁷ Cfr. M. Clarich, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 181 ss. Cfr. F. Donati, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Giappichelli, Torino, 2007, 165 ss.

³⁸ V. M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, cit., 331 ss.

³⁹ Cfr. M. Orofino, *Il Telecoms Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. it. dir. pub. comun.*, 2010, 514 ss.

⁴⁰ Sul punto F. Dell'Isola, *La neutralità della rete nella regolamentazione internazionale, comunitaria e nazionale: una questione risolta?*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2010, 35, 105 ss.

Sul versante della protezione degli utenti, occorre menzionare, sulla base della direttiva 22/2002/CE l'obbligo di informazione sulle condizioni che limitano l'accesso e/o l'utilizzo di servizi e applicazioni e l'obbligo di rispettare i livelli di qualità dei servizi fissati dalle autorità nazionali di regolamentazione. Inoltre, al fine specifico di impedire il degrado del servizio e la limitazione o il rallentamento del traffico di rete, la normativa europea prevede, già da qualche anno, che le autorità nazionali di regolamentazione possano imporre prescrizioni in materia di qualità minima del servizio all'impresa o alle imprese che forniscono reti di comunicazione pubbliche.

Come si può vedere, tali previsioni sono certamente utili per garantire al cittadino informazioni pre-contrattuali, ma inidonee a assicurare un accesso libero ai servizi di rete e, più in generale, ad affrontare i complessi problemi di *traffic management* che lo sviluppo del web 2.0 e la convergenza multiplatforma pongono all'ordine del giorno.

Il vero punto di rottura che ha reso un intervento normativo non più procrastinabile si è avuto con la comparsa sulla scena degli operatori OTT, quali grandi utilizzatori di capacità trasmissiva. Per questi soggetti, l'approccio europeo ha mostrato il fianco non potendo i rapporti tra tali soggetti e gli ISP essere facilmente ricondotti all'interno della vigente normativa europea⁴¹.

Per questa ragione, l'Unione europea ha avviato, già all'indomani dell'approvazione del *Telecom Package*, una riflessione sul tema della neutralità della rete e su come garantire un Internet aperta. Questa riflessione, che si è giovata del contributo della Commissione, del BEREC e degli operatori, è divenuta parte integrante della *Digital Single Market Strategy* che ha il proprio elemento qualificante nel progetto di un nuovo *European Electronic Communications Code*⁴².

5. La normativa in materia di net-neutrality nel Regolamento 2015/2120

Rispetto al riordino complessivo della materia che dovrebbe avvenire con l'*European Electronic Communications Code*, il Regolamento europeo 2015/2120 interviene anticipando due obiettivi della futura riforma: la progressiva abolizione dei sovrapprezzi di *roaming* al dettaglio⁴³ e, ciò che è più importa alla luce

⁴¹ J.M. Peha, *The Benefits and Risks of Mandating Network Neutrality, and the Quest for a Balanced Policy*, in *International Journal of Communication*, 2007, p. 644 ss

⁴² Cfr su queste questioni S. Montaldo, *Internet governance and the European Union: between net neutrality and the implementation of the digital single market*, in *Il Diritto dell'economia*, 2015, 3, 601 ss. La *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code* è stata presentata il 14 settembre 2016. COM (2016) 590.

⁴³ La riforma in questione, già iniziata con il Regolamento n. 531/2012, è una tappa di un percorso ancora lungo e di cui il Regolamento disegna già le successive tappe, avente l'obiettivo di offrire ai cittadini europei la sicurezza di restare connessi quando viaggiano all'interno dell'Unione.

di questo lavoro, la definizione di norme comuni per garantire un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso a Internet e per tutelare i relativi diritti degli utenti finali.

Prima di addentrarsi nell'analisi del testo appaiono necessarie due preliminari annotazioni di carattere generale.

La prima è di carattere formale e riguarda la natura dell'atto adottato dall'Unione europea. Il Regolamento non necessita, come noto, di un atto interno di trasposizione, e le sue norme sono immediatamente applicabili in tutti i Paesi membri. Per cui, come previsto dal Regolamento stesso, a far data dal 30 aprile 2016, esso è vincolante non solo per tutti gli attori del settore, ma anche per le Autorità di regolazione che, come si vedrà, acquisiscono direttamente, per espressa previsione europea, nuove e rilevanti competenze⁴⁴.

Tuttavia, poiché il Regolamento anticipa, nelle intenzioni del "legislatore" europeo tutta una serie di interventi normativi già in cantiere ed, in particolare, una direttiva che dovrebbe definire un nuovo codice delle comunicazioni elettroniche e, dunque, forse inglobarne talune previsioni, si pone un problema, sempre più comune nei rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale, di come far fronte a interventi normativi tutti incidenti sulla medesima materia ma che sono adottati con fonti diverse⁴⁵. In questo caso, se il progetto di codice europeo andasse in porto avremmo addirittura una sequenza andata e ritorno, direttiva, regolamento, direttiva⁴⁶.

La seconda annotazione sempre di carattere generale, ma questa volta sostanziale è che le norme regolamentari perseguono un intervento a tutela della *net-neutrality* che ha due versanti corrispondenti ai due lati del mercato dell'accesso a Internet: il versante del rafforzamento della protezione dei cittadini e, quindi, della loro possibilità di accedere ad un'Internet aperta e il versante dei rapporti tra gli ISP e gli altri fornitori di servizi.

Se però l'intervento a tutela dei diritti dei cittadini/utenti avviene su un *corpus* normativo già piuttosto consistente che si è sedimentato nel tempo ed in cui esistono sia procedure di conciliazione sia una ricca casistica giudiziaria; l'altro versante dell'intervento si poggia su un terreno in cui la regolazione è assai scarna e, invece, la conflittualità piuttosto elevata. E su questo secondo terreno, evidentemente, che si

⁴⁴ L'art. 10 del Regolamento prevede l'entrata in vigore il terzo giorno successivo alla pubblicazione e l'applicazione a decorrere dal 30 aprile 2016 con tutta una serie di eccezioni riguardanti in particolare la progressiva abolizione dei costi di roaming.

⁴⁵ Sia pure in un medesimo contesto, quello della protezione dei dati personali, si v. in proposito F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Vol. I. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016, 150 ss.

⁴⁶ Su questa questione, pur nel diverso settore della protezione dati dove il Regolamento 2016/679 abrogherà la direttiva 95/46 il 25 maggio 2018, v. le osservazioni di F. Pizzetti, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, vol. II. *Il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, Torino, 2016, 9 ss.

gioca la partita più importante per i futuri assetti del settore ed in cui, a tutta evidenza, il futuro Codice europeo dovrà significativamente intervenire.

I quattro sub-paragrafi che seguono sono dedicati a quattro questioni che il Regolamento affronta esplicitamente. Esse sono evidentemente tra loro interconnesse e sole esigenze di chiarezza espositiva consigliano una loro separata analisi. Si tratta nello specifico delle nuove norme in materia di: a) *traffic management*; b) *servizi ottimizzati*; c) tutela contrattuale degli utenti e d) nuove competenze delle ANR

5.1 Traffic management

Con l'espressione *traffic management* (o *gestione del traffico*) si intende quel complesso di operazioni che un *Internet Service Provider* può compiere per razionalizzare l'accesso alla rete (*rectius* alla propria capacità trasmissiva). Operazioni che possono consistere in un rallentamento della circolazione dei dati (*degradation*), in un blocco di taluni dati o applicazioni (*blocking*), nella prioritizzazione di alcuni dati a discapito di altri (*prioritarization*)⁴⁷.

Ognuna di queste attività può condurre all'alterazione dell'approccio *first come first served* nel trasporto dei dati da un punto all'altro della rete che, come si è visto, è il cardine su cui si fonda il principio di neutralità della rete sin dai tempi della sua applicazione, nel contesto americano, alle reti telegrafiche e telefoniche. Orbene tali operazioni di *traffic management* possono avere presupposti tecnici, commerciali o, in ipotesi per ora teorica, anche essere conseguenza di una scelta politica. I presupposti tecnici e commerciali possono inoltre risultare tra loro diversamente combinati.

Tecnicamente, infatti, l'ISP può dover fronteggiare una congestione della propria capacità trasmissiva, capace di aumentare i tempi di latenza nell'instradamento e nella consegna dei pacchetti di dati da un punto all'altro della rete e, quindi, decidere di dare priorità a taluni pacchetti rispetto ad altri. Questa scelta può avvenire sulla base del criterio del *best effort* nei casi in cui la priorità sia garantita ai pacchetti dati che supportano servizi o applicazioni che maggiormente "soffrono" la latenza. È esperienza comune che anche un piccolo ritardo (una frazione di secondo) nel trasporto di un pacchetto dati per i servizi VOIP renda il servizio inservibile mentre la medesima latenza incide in modo trascurabile nei servizi e-mail o di messaggistica. È chiaro, inoltre, a chiunque tenti di vedere un evento sportivo *in diretta* tramite un servizio IPTV o Web TV che la latenza sia in grado di interrompere quasi subito la visione mentre che la medesima trasmissione *non in diretta* sopporti, attraverso le funzioni di *caching*, anche una maggiore latenza.

Diversamente la congestione tecnica può essere risolta non sulla base del criterio *best effort*, ma decidendo, in base alle proprie scelte d'impresa, quali servizi rendere prioritari e quali ritardare. Le ragioni che

⁴⁷ Un'analitica descrizione di tali operazioni di *network management* è svolta nel *paper* di F. Chirico, I. van der Haar, P. Larouche, *Network Neutrality in the EU*, cit.

potrebbero spingere un ISP verso tale soluzione sono plurime, potendo essere legate alla volontà di assecondare una determinata utenza, alla necessità di rispettare accordi commerciali sottoscritti con determinati fornitori di servizi o di applicazioni, alla volontà di ostacolare servizi concorrenti rispetto a quelli erogati dall'ISP stesso o da altra divisione dell'operatore di rete verticalmente integrato, etc. In ogni modo, il filo rosso che lega tali ragioni è la natura commerciale delle scelte effettuate.

La motivazione commerciale del *traffic management* potrebbe, però, anche essere sganciata da ogni presupposto tecnico, il che significa che l'ISP potrebbe decidere, anche in assenza di congestione della rete, di bloccare o degradare il trasporto di taluni pacchetti dati solo perché magari serventi a un servizio concorrenziale con uno offerto dall'operatore stesso o da un operatore terzo con cui è stato concluso un contratto di esclusiva.

Tutto ciò premesso, l'art. 3, par. 3, primo sub paragrafo, del Regolamento è il manifesto della nuova normativa. Esso prevede infatti che gli ISP, nel fornire i servizi di accesso ad Internet debbano trattare tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze. In questo modo sempre accogliere in modo perentorio il principio di neutralità della rete.

Questa previsione è però temperata dai sub paragrafi successivi che ne attenuano la portata compiendo una distinzione che merita di essere approfondita tra la gestione del traffico *ragionevole* e la gestione del traffico *irragionevole*⁴⁸.

La *gestione ragionevole* del traffico è, ai sensi dell'art. 3, par. 3, secondo sub paragrafo, del Regolamento quella che non è basata su alcuna considerazione di ordine commerciale, ma solo su “requisiti di capacità tecnica del servizio, obiettivamente diversi di specifiche categorie di traffico”. È il caso tipico dell'applicazione di regole di *best effort* nell'instradamento dei dati⁴⁹. Tali operazioni di gestione che introducono, nei momenti di congestione, una classificazione del traffico e un instradamento differenziato per categorie sono, dunque, legittime ancorché circondate da una serie di garanzie.

La norma regolamentare citata prevede, infatti, che le misure adottate dagli ISP debbano essere trasparenti, non discriminatorie, proporzionali e mantenute per il tempo strettamente necessario. Inoltre, è sempre vietato che tali misure giungano a controllare i contenuti specifici trasmessi. Questo limite invalicabile è evidentemente posto a tutela di due diritti fondamentali riconosciuti nella Carta europea dei

⁴⁸ V. anche il considerando 8 del Regolamento che specifica come, in base ai principi generali del diritto dell'Unione ed alla costante giurisprudenza situazioni paragonabili non debbano essere trattate diversamente e situazioni diverse non dovrebbero essere trattate in modo eguale.

⁴⁹ V. in proposito anche il considerando 9 per cui il requisito relativo al carattere non discriminatorio non impedisce di adottare misure di gestione del traffico che distinguono tra categorie di traffico obiettivamente distinte al fine di massimizzare la qualità complessiva.

diritti (e a livello costituzionale negli Stati membri) ossia il diritto alla segretezza delle comunicazioni interpersonali e il diritto protezione dei dati personali.

All'opposto, la *gestione irragionevole* del traffico è quella che ha motivazioni commerciali ed è vietata salvo specifiche eccezioni.

Le eccezioni sono espressamente tipizzate nell'art. 3, par. 3, ult. cpvo e riguardano: a) la necessità di conformarsi ad atti legislativi o attuativi dell'Unione, alla normativa nazionale primaria o secondaria conforme al diritto dell'Unione o a provvedimenti giudiziari o di autorità pubbliche investite di tali poteri; b) preservare l'integrità della rete, dei servizi prestati e delle apparecchiature terminali; c) prevenire un'imminente congestione della rete o mitigare gli effetti di una congestione eccezionale o temporanea purché però categorie di traffico equivalenti siano trattate nello stesso modo.

La distinzione così tratteggiata tra *traffic management* ragionevole e, quindi, legittimo e *traffic management* irragionevole e, quindi, illegittimo, ha bisogno, come è intuitivo, di un'opera di interpretazione e di attuazione molto delicata che riguarda i casi in cui il fondamento tecnico e quello commerciale si combinano e si nascondono l'uno nell'altro, dovendosi porre molta attenzione ai casi in cui un'affermata motivazione tecnica nasconde in realtà una ragione essenzialmente commerciale.

La medesima attenzione deve essere posta riguardo all'interpretazione ed alla portata delle limitazioni al *traffic management* ritenuto ragionevole. Occorre, quindi, un lavoro di interpretazione su come debbano essere concretamente declinati in questo settore i concetti, assai noti nell'ordinamento europeo, di proporzionalità e di trasparenza e su come debbano essere intesi i requisiti di temporalità dell'operazione di *management* e di non discriminazione. A prima osservazione, la non discriminazione deve essere qui ancorata all'obbligo di praticare condizioni uguali a servizi e applicazioni uguali in modo indipendente dai soggetti che li richiedono o erogano⁵⁰.

Specularmente occorre interpretare le eccezioni al *traffic management* ritenuto irragionevole. In proposito bisognerà stabilire, ad esempio, quali misure tecniche sono proporzionali oppure cosa debba intendersi per misure trasparenti, circoscrivere quali attacchi alla rete siano tali da richiedere misure atte a preservarne l'integrità oppure definire quando una congestione sia da ritenersi eccezionale.

È infatti evidente che per l'individuazione dell'ambito entro cui il *traffic management* sarà permesso molto dipenderà, inevitabilmente, dall'attuazione del Regolamento. A questo proposito, occorre dire che un

⁵⁰ V. in questo senso anche ptt. 58-61 del BEREC, *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, BoR (16) 127, 30/08/2016

primo fondamentale strumento sono i considerando che precedono il testo poiché da essi possono ricavarsi tanto il percorso logico seguito tanto gli obiettivi dell'intervento⁵¹.

A seguire un ruolo di primissimo piano spetta poi alle linee guida del gruppo dei regolatori europei (il cd. BEREC) cui il Regolamento espressamente rinvia per garantire che l'uniformità a livello "legislativo" non sia vanificata nella fase dell'applicazione.

Infine è chiaro che sarà la vigilanza di ciascuna Autorità nazionale di regolazione ad essere decisiva per evitare che le norme vengano aggirate.

Il fatto che l'articolato regolamentare lasci spazi di incertezza sugli ambiti entro cui il *traffic management* è permesso, pur sollevando questioni teoriche assai interessanti appare non solo inevitabile, ma anche una scelta obbligata in un contesto in cui si è deciso di utilizzare il regolamento per perseguire maggiore uniformità, ma in cui la rapidità dell'innovazione, il proliferare di tecniche sempre più sofisticate di controllo della sicurezza così come dei rischi, cambiano continuamente il contesto che si intende disciplinare e necessitano, pertanto, di continui adattamenti⁵².

Una situazione di questo tipo sconsiglia, infatti, l'adozione di una legislazione eccessivamente dettagliata così come di immaginare che il "legislatore europeo" possa una volta per tutte chiarire ogni più piccolo dettaglio, dovendosi piuttosto puntare su meccanismi trasparenti e partecipativi nell'attuazione e, laddove previsto, nella predisposizione delle regole integrative a livello nazionale.

5.2. I servizi ottimizzati

Un'apertura assai significativa, e in parziale controtendenza, rispetto a quanto disposto in materia di *traffic management* è quella che il Regolamento compie in favore dei servizi ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni, servizi o loro combinazioni. L'ottimizzazione cui ci si riferisce riguarda la fornitura di un accesso ad Internet qualitativamente superiore per quei servizi che necessitano ampiezza di banda e velocità⁵³.

In proposito, l'art. 3, par. 5, primo sub paragrafo, prevede che i fornitori di comunicazione elettronica, inclusi gli ISP e i fornitori di contenuti, applicazioni e servizi "sono liberi di offrire servizi diversi dai servizi di accesso a Internet ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni o servizi o loro combinazioni,

⁵¹ Pur non avendo i considerando un valore giuridico vincolante (V. sentenza 24 novembre 2005, causa C – 136/04 *Deutsches Milch – Kontor*, Racc. Pag. I-10095, pt. 32 e giurisprudenza ivi citata) essi assolvono comunque una funzione primaria nell'interpretazione della norma potendo servire a ricostruire il percorso logico e gli obiettivi perseguiti.

⁵² V. in proposito con diversità di accenti G. De Minico, *Net-neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo*, 1, 2016.

⁵³ Si pensi, a puro titolo di esempio, ai servizi di *High Quality on Mobile Network*, servizi di *online gaming*, alle trasmissioni in diretta *IPTV* oppure ai servizi di *e-Health* in tempo reale quali ad esempio operazioni da remoto.

nei casi in cui l'ottimizzazione sia necessaria per soddisfare i requisiti relativi a contenuti, applicazioni o servizi per un livello specifico di qualità".

La portata assai innovativa della disposizione è immediatamente temperata dal capoverso successivo che subordina l'offerta di servizi ottimizzati a tre specifiche condizioni.

La prima condizione è che la capacità della rete, da interpretarsi anche come capacità trasmissiva, sia tale da consentire la fornitura aggiuntiva dei servizi ottimizzati rispetto ai servizi di accesso ad Internet prestati. La seconda condizione è che i servizi ottimizzati siano effettivamente offerti in aggiunta e non in sostituzione dei servizi generali di accesso ad Internet. La terza condizione, che sembra riassumere le precedenti due, è che l'offerta di servizi ottimizzati non vada a discapito della disponibilità o della qualità generale dei servizi di accesso a Internet per gli utenti finali.

La volontà manifesta delle tre condizioni è evidentemente quella di garantire che i servizi di accesso di base continuino ad essere disponibili per tutti e sia garantita la neutralità del fornitore sulla base dei limiti al *traffic management* appena individuati.

Dietro le tre condizioni si scorgono però, in modo più o meno immediato, anche altri obiettivi.

In particolare, la richiesta di adeguata capacità trasmissiva come condizione necessaria per fornire servizi ottimizzati persegue certamente l'obiettivo manifesto di evitare che tali servizi cannibalizzino la banda disponibile e così facendo degradino il livello di qualità degli altri servizi offerti, di fatto aggirando le prescrizioni normative in materia di neutralità della rete e mettendo a rischio l'accesso libero alla rete.

D'altra parte è però facile scorgere anche una promessa per gli operatori di rete e, più in generale per la loro libertà di impresa, in quanto se essi aumentano la capacità trasmissiva attraverso adeguati investimenti, che si può tradurre in un impegno alla costruzione di reti di nuova generazione, i medesimi possono rientrare dell'investimento sostenuto offrendo i ben più remunerativi servizi ottimizzati. Ovviamente si tratta di una promessa la cui realizzazione si intreccia anche con gli obblighi regolamentari simmetrici ed asimmetrici a cui verranno sottoposti gli operatori di rete che effettivamente costruiranno le nuove reti⁵⁴.

Considerazioni simili possono svolgersi anche per il divieto di sostituzione dei servizi di accesso generalizzati con i servizi ottimizzati. Da un lato, è evidente la volontà di garantire che quanto appena disposto in termini di *net-neutrality* attraverso la normativa sul *traffic management* non sia immediatamente

⁵⁴ V. in proposito la *Raccomandazione 2010/572/CE della Commissione relativa all'accesso regolamentato alle reti di nuova generazione del 20 settembre 2010* pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'UE del 25 settembre 2010 nonché la *Raccomandazione 2014/710/UE del 9 ottobre 2014, relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'UE L 295, 11.10.2014, 79–84

aggirato; da un altro lato c'è un'apertura, timida o meno lo dirà il tempo, nei confronti di un Internet a due velocità che significa, ancora una volta, un incentivo all'investimento strutturale o all'acquisto di capacità trasmissiva ed anche un incentivo all'innovazione e, quindi, all'offerta di servizi sempre più avanzati e potenzialmente assai importanti per il soddisfacimento di interessi primari e costituzionalmente rilevanti, come la salute nei servizi di E-Health, per le persone e la società nel suo complesso.

Tutto ciò considerato, va ripetuto anche per lo sviluppo dei servizi ottimizzati, quanto detto per la distinzione tra *traffic management* ragionevole o irragionevole e cioè che molto dipenderà dall'attuazione che le Autorità nazionali di regolazione daranno alla normativa e dall'interpretazione che esse, sulla base delle Linee Guida del BEREC, daranno ad alcune nozioni utilizzate nel Regolamento, ma bisognose di essere pragmaticamente delimitate come, ad esempio, capacità di rete, banda sufficiente, livelli di qualità minimi per i servizi di base⁵⁵.

5.3. Nuove misure a tutela degli utenti

Come anticipato, il Regolamento attribuisce, ex art. 4, nuovi diritti e introduce nuove norme a tutela degli utenti. Le previsioni normative integrano il già esteso *corpus* normativo di cui alla direttiva 22/2002/EU⁵⁶. L'art. 3, par. 1, primo capoverso del Regolamento è forse la norma manifesto dell'intero Regolamento. Esso riconosce agli utenti finali, da intendersi come tutte le persone che utilizzano la rete Internet, tre specifici diritti⁵⁷.

Innanzitutto, essi hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli. L'ambito del diritto riconosciuto copre l'invio e la ricezione di ogni tipo di dato che può essere inviato e ricevuto attraverso un servizio di accesso ad Internet. Occorre precisare che il Regolamento non interviene a definire quali contenuti, applicazioni o servizi siano illegali né a disciplinare procedure, criteri e garanzie connesse. Queste questioni rimangono soggette alle normative europee in vigore e alle legislazioni nazionali.

In secondo luogo, gli utenti hanno il diritto sia di usare che di fornire applicazioni e servizi. Questo significa che il diritto si estende dal consumo alla fornitura di applicazioni e servizi tutelando così anche

⁵⁵ Sottolinea, in modo condivisibile, che sarebbe stata opportuna offrire nel Regolamento una definizione normativa dei servizi specializzati al fine di porre almeno qualche paletto ai fornitori, G. De Minico, *Net-neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, cit., 203.

⁵⁶ Il riferimento e il rinvio alla direttiva 22/2002/CE come modificata dal Telecom Package 2009 è direttamente operato nell'art. 4 par. 3 del Regolamento

⁵⁷ La norma parla di utenti finali cd. *end users* invece che di utenti. Questa scelta può ingenerare non poche difficoltà interpretative perché nelle norme in materia di comunicazioni elettroniche oggi in vigore con *end users* si intendono solo gli utenti intesi come persone fisiche o giuridiche che non offrono a loro volta al pubblico servizi di comunicazione elettronica. Invece, il termine utenti ricomprenderebbe anche tali soggetti. Il BEREC in sede interpretativa ha, invece, deciso di interpretare *end users* in modo ampio coincidente di fatto con il termine *users*.

la libertà di iniziativa economica di ciascun soggetto. Anche in questo caso eventuali limitazioni connesse con il consumo e con la fornitura di un servizio o di un'applicazione non sono individuate dal Regolamento, che sul punto rinvia al diritto dell'Unione o al diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione.

Infine, la norma riconosce agli utenti finali il diritto di utilizzare l'apparecchiatura terminale di loro scelta⁵⁸. Questa precisazione è assai importante perché persegue lo scopo di evitare discriminazioni all'accesso alla rete sulla base del terminale o del sistema operativo utilizzato.

Il riconoscimento di queste tre posizioni soggettive trova una specifica garanzia nel successivo paragrafo 2 dell'articolo in commento laddove il Regolamento specifica che gli accordi tra gli ISP e gli utenti finali riguardanti le condizioni commerciali e tecniche, come ad esempio il prezzo, il volume di traffico o la velocità sono sì permesse, ma non possono limitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo precedente.

Tale garanzia che limita il rapporto sinallagmatico tra fornitori ed utenti introduce il divieto (e la conseguente nullità) di clausole commerciali che incidano direttamente o indirettamente sui diritti degli utenti. A titolo di esempio se un ISP contrattualmente prevedesse il blocco di specifici contenuti o impedisse l'uso di un'applicazione o di uno specifico servizio (ad esempio i servizi VOIP), anche in ipotesi praticando uno sconto corrispettivo, una tale previsione sarebbe illegittima. Naturalmente vi sono casi molto più complessi e *borderline* come quelli in cui un operatore mobile offre ai propri sottoscrittori l'accesso a un'applicazione specifica. Qui occorrerà verificare concretamente la tipologia di offerta con particolare attenzione alla gratuità, al fatto se i dati consumati per l'utilizzo di tale applicazione concorrono al raggiungimento della soglia mensile o settimanale contrattualmente prevista, alla durata dell'offerta se gratuita⁵⁹.

Il BEREC nella sue *Guidelines* offre importanti esempi ma è chiaro che l'ultima parola spetterà alle ANR e alla loro capacità di individuare singolarmente o congiuntamente *best practices*.

Con specifico riferimento al divieto di *traffic management* e alla fornitura di servizi ottimizzati, l'art. 4, par. 1, del Regolamento prevede alcuni elementi obbligatori nei contratti di fornitura di servizi di accesso ad Internet, aggiuntivi rispetto a quelli già fissati nella direttiva 22/2002/EU.

Si tratta di: a) informazioni circa l'impatto potenziale delle misure di gestione del traffico eventualmente applicate sulla qualità dei servizi, sulla vita privata degli utenti finali e sulla protezione dei dati personali; b) spiegazione chiara e comprensibile delle conseguenze pratiche di eventuali restrizioni circa volume, velocità ed altri parametri di qualità del servizio; c) spiegazione chiara e comprensibile dell'eventuale

⁵⁸ V. con riferimento alla libertà di scelta dei diversi tipi di terminale anche la direttiva 2008/63/EC.

⁵⁹ Sui servizi cd. zero rating e su alcune criticità che essi sollevano v. G. De Minico, *Net-neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, cit., 210-211

impatto dei servizi ottimizzati su altri servizi; d) spiegazione chiara e comprensibile dei mezzi di ricorso a disposizione.

L'espressione "spiegazione chiara e comprensibile" sembra dover essere interpretata nel senso che l'informativa contrattuale non possa limitarsi ad una spiegazione tecnica, ma debba includere anche una descrizione delle conseguenze pratiche che possono derivare dalle operazioni di *traffic management* compiute.

Molto importante per rafforzare la tutela complessiva degli utenti è che la norma citata non si limiti a prevedere l'obbligatorietà contrattuale, ma imponga anche agli ISP di darne pubblicità; la *ratio* evidente di quest'obbligo, non nuovo nel settore delle comunicazioni elettroniche, è quello di consentire al consumatore/utente sia di verificare in anticipo le condizioni contrattuali proposte sia di confrontare le diverse offerte presenti sul mercato.

All'introduzione dei nuovi elementi obbligatori dei contratti di fornitura di accesso a Internet si accompagna l'obbligo per gli ISP, già previsto dalla direttiva 22/2002/EU per i fornitori di servizi di comunicazione elettronica, di predisporre procedure trasparenti semplici ed efficaci per trattare i reclami degli utenti. Quest'obbligo impone un comportamento proattivo ai destinatari, che sono quindi chiamati a conformarsi con rapidità introducendo le novità necessarie nelle procedure esistenti di gestione dei reclami.

Infine, un cenno lo merita il riconoscimento, da parte del Regolamento, del valore probatorio dei meccanismi di monitoraggio delle prestazioni dei servizi di accesso certificati dalle ANR. L'offerta di strumenti certificati dalle ANR volti a valutare la velocità delle connessioni in più momenti della giornata per dimostrare una significativa discrepanza tra la prestazione promessa e quella fornita non è una novità in senso assoluto perché alcune ANR avevano già proceduto in tal senso⁶⁰. Il punto di svolta è che il Regolamento prevede che qualora attraverso tali test l'utente riscontri tale discrepanza, essa debba essere considerata una non conformità delle prestazioni ai fini dell'attivazione dei ricorsi previsti sulla base dell'ordinamento nazionale. Detto in altri termini, essa costituisce prova in giudizio o di fronte all'autorità amministrativa dell'inadempimento contrattuale.

⁶⁰ L'AGCOM aveva già messo a disposizione un *software* gratuito idoneo a valutare autonomamente la reale qualità dell'accesso ad Internet in banda larga da postazione fissa, prevedendo al contempo una procedura di confronto con il fornitore che in caso di esito negativo dava all'utente la possibilità di recesso gratuito dal contratto sottoscritto.

5.4. Nuove competenze in capo alle ANR

Come si evince chiaramente dall'analisi fin qui svolta, la possibilità che il Regolamento in esame possa, nell'ambito del suo ambito di intervento, da un lato, fare sì che gli ISP garantiscano ai cittadini e alle imprese una rete aperta e, da un altro lato, individuare un corretto equilibrio nell'utilizzo del bene scarso capacità trasmissiva tra servizi di accesso ad Internet di base e servizi ottimizzati, passa necessariamente dalla sua corretta attuazione.

Questa coinvolge la Commissione europea, il BEREC, gli Stati membri, ma soprattutto spetta, come costante del diritto europeo delle comunicazioni elettroniche, alle Autorità nazionali di regolazione⁶¹.

Ai sensi del Regolamento qui in esame, esse sono chiamate a svolgere tre tipologie di attività: vigilanza, attuazione e predisposizione di *report* per la Commissione.

La vigilanza è declinata sia *ex ante*, come possibilità per le ANR di richiedere agli operatori le informazioni pertinenti la loro capacità trasmissiva, il traffico e le eventuali misure tecniche di gestione adottate, sia *ex post* come attività di controllo e monitoraggio delle restrizioni ai diritti degli utenti (ai sensi dell'art. 3, par. 1), delle condizioni contrattuali e delle pratiche commerciali (art. 3, par.2), delle operazioni di gestione del traffico (art. 3, par. 3), dell'impatto dei servizi ottimizzati sulla qualità generale dei servizi di accesso (art. 3, par.5) e dei requisiti di trasparenza imposti agli ISP (art. 3, par. 5 e art. 4).

Per quanto riguarda l'attività di attuazione, essa può richiedere interventi regolamentari e sanzionatori.

I primi sono specificati nella possibilità che le ANR hanno di dettare norme simmetriche integrative o di imporre a specifici fornitori che si distaccassero da quanto stabilito nel Regolamento, obblighi concernenti l'adozione di specifiche caratteristiche tecniche, requisiti minimi di qualità del servizio e altre misure ritenute adeguate per promuovere la disponibilità dell'accesso non discriminatorio e al passo con il progresso tecnologico.

I secondi, ossia i poteri sanzionatori, non sono evidentemente una novità in sé. L'apparato normativo europeo e quello nazionale già prevedono procedure sanzionatorie e pene pecuniarie. Il Regolamento implica che le ANR debbano ora anche procedere a sanzionare anche ipotesi di *traffic management* irragionevole o forniture di servizi ottimizzati non legittime ai sensi delle norme richiamate.

Infine, il Regolamento prevede, ex art. 5, par.1, sub par. 2, l'obbligo di pubblicare e trasmettere ogni anno alla Commissione europea e al BEREC relazioni in merito alla propria attività di monitoraggio e ai risultati ottenuti. Questa previsione è assai importante poiché persegue, a valle, lo stesso scopo perseguito a monte

⁶¹ Nel contesto italiano le attività in questione spettano senza dubbio all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ancorché, in linea teorica, l'Italia abbia notificato come ANR anche il Ministero. Si rinvia sulla questione a M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, cit., 148.

con la scelta dello strumento regolamentare ossia la definizione di una normativa uniforme a livello europeo.

Con riferimento alle nuove competenze attribuite alle ANR direttamente ad opera del Regolamento europeo, occorre ribadire che esse non necessitano di un intervento legislativo *ad hoc* sul piano nazionale potendo le medesime Autorità intervenire direttamente sulla base della normativa europea.

Questo tuttavia non significa che non possano essere necessari interventi normativi integrativi laddove il Regolamento non interviene pur indicando un obiettivo. Ad esempio, occorre porsi seriamente il problema del reperimento delle risorse finanziarie e di personale necessario all'espletamento delle nuove funzioni di vigilanza.

Infatti, è facile comprendere che le funzioni di vigilanza attribuite richiederanno un incremento sostanziale delle attività dell'Autorità. Lo stesso può dirsi per le Autorità che, come l'AGCOM attraverso i Corecom, mettono a disposizione procedure di conciliazione tra utenti e operatori nonché sistemi di definizione delle controversie alternativi rispetto al ricorso al giudice. I nuovi diritti garantiti agli utenti dal Regolamento potranno aumentare, almeno nel breve periodo, il contenzioso e, di conseguenza, il ricorso allo strumento conciliatorio e a quello definitorio.

Detto questo, il principio che si va affermando nel diritto europeo e in quello nazionale per cui sono i soggetti regolati e non la fiscalità generale a finanziare le attività svolte dalle Autorità indipendenti sembra richiedere, pertanto, una puntuale verifica della platea dei contributori, dei meccanismi di contribuzione e, più in generale, della capacità con le risorse disponibili di far fronte al finanziamento delle nuove funzioni.

6. Conclusioni

Se il giudizio circa l'effettività delle innovazioni introdotte e sulla loro reale portata deve essere in questa fase assai prudente poiché molto dipenderà dalla prassi applicativa⁶², meritano però di essere sviluppate alcune osservazioni sulla strada complessiva intrapresa dall'Unione europea.

La prima osservazione che emerge dall'analisi del Regolamento e dei considerando è l'approccio rigoroso, ma non ideologico al tema della *net-neutrality*.

Rigoroso perché non c'è dubbio che il *traffic management* possa sollevare questioni assai rilevanti incidendo sulle attività che le persone compiono in rete e, quindi, sull'esercizio di diversi, a seconda del tipo di attività, diritti costituzionalmente garantiti. Da questo punto di vista, il divieto di operazioni di gestione

⁶² Parlano, invece, di testo piuttosto deludente, anche se sottolineano la correzione di rotta operata dal BEREC, O. Pollicino e C. Melzi d'Eril, *La neutralità della Rete? C'è ancora strada da fare* in *Sole 24 ore. Norme e tributi*, 13 settembre 2016.

del traffico che incidono sulla segretezza delle comunicazioni o che non garantiscono la protezione dei dati personali è opportunamente netto. Altrettanto importanti sono i divieti di discriminazione posti a tutela della concorrenza e che hanno l'obiettivo di salvaguardare l'innovazione mantenendo aperta la rete per i fornitori di nuovi e futuri servizi e applicazioni.

Non ideologico perché il Regolamento fa giustizia di un pregiudizio che spesso si annida nel dibattito tra le opposte fazioni che sulla regolazione di Internet si confrontano e cioè che la regolazione della rete sia sinonimo sempre di limitazione delle libertà o che all'opposto un'assenza di regole sia sempre sinonimo di libertà e di possibilità di innovazione. Il Regolamento contiene, infatti, indubbiamente divieti e limiti, ma i divieti (di discriminazione) e i limiti (al consumo di capacità trasmissiva) sono in questo caso volti sia a tutelare diritti che il Regolamento stesso riconosce o riafferma sia a garantire spazi di libertà per coloro che volessero innovare.

La seconda osservazione riguarda il ruolo chiave che la normativa regolamentare disegna per le Autorità nazionali di regolazione. Esse sono, infatti, chiamate sia a garantire un'attuazione uniforme della normativa sia a compiere scelte che possono incidere in modo più o meno diretto su diritti o interessi costituzionalmente rilevanti.

Per quanto riguarda il compito di garantire un'attuazione uniforme del Regolamento è assolutamente strategico il ruolo che le ANR svolgono attraverso il proprio rappresentante nel BEREC. Le *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules* adottate dal BEREC il 30 agosto 2016 sono l'esempio pratico di uno sforzo che dovrà continuare nel tempo.

Il documento in questione è certamente assai dettagliato e compie uno sforzo di integrazione/definizione della normativa regolamentare assai rilevante giungendo in taluni casi addirittura alla formulazione di esempi concreti.

Pur non dimenticando il problema formale, assai dibattuto in dottrina, circa la legittimità che uno strumento di *soft law* incida, in questo modo, nell'applicazione delle fonti normative, occorre constatare il buon funzionamento di tale prassi nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Infatti, le ANR si attengono per lo più scrupolosamente alle indicazioni formulate dal BEREC sia per limitare il contenzioso sul piano interno sia per evitare conflitti con la Commissione europea e l'apertura di complesse e rischiose procedure d'infrazione.

L'ultima osservazione riguarda la portata comunque limitata del Regolamento 2015/2020 rispetto all'obiettivo dichiarato di garantire una rete aperta e neutrale, di tutela degli utenti e di garanzia di un funzionamento ininterrotto dell'ecosistema di Internet.

Si è detto, in premessa, come il Regolamento rappresenti, nell'ambito della *Digital Market Strategy*, un primo passo recante norme che incidono essenzialmente sul rapporto triangolare tra ISP, utenti e

fornitori di servizi, rispetto alla prospettiva di un quadro normativo più ampio ed articolato che dovrà essere discusso a partire dalla proposta avanzata della Commissione di un nuovo codice europeo delle comunicazioni elettroniche.

In sede di discussione del Codice o di altri atti *ad hoc* non occorrerà solo verificare se l'attuazione delle prescrizioni a carico degli ISP in materia di *net-neutrality* sia avvenuta in modo efficace ed armonizzato, ma bisognerà compiere un passo ulteriore per garantire in prospettiva una rete davvero aperta.

Per raggiungere questo obiettivo occorre innanzitutto prendere coscienza del fatto che l'accesso ai contenuti, ai servizi e alle applicazioni così come la capacità di offrire contenuti, servizi e applicazioni non dipende solo dagli ISP, ma anche da altri attori dell'ecosistema di Internet che operando nel settore dei terminali o dei software oppure *over the net* incidono, talvolta molto più in profondità di quanto non faccia un fornitore di servizi di accesso, sulla diffusione di determinati dati e sulla disponibilità sostanziale di servizi, applicazioni e contenuti.

È opportuno che la questione di un'Internet aperta sia posta anche nei loro confronti.

Questo deve avvenire, anche in questo caso, in modo non ideologico, ma mettendo sul campo i problemi e discutendo dei rischi esistenti senza pregiudizi rispetto alle soluzioni. D'altra parte i rischi di una sottovalutazione della questione sono già evidenti e riguardano la tendenza alla chiusura dei sistemi operativi dei terminali di rete, la tendenza alla differenziazione nella fruibilità delle app a seconda del *market app*, l'impatto degli algoritmi dei motori di ricerca, dei social network e delle app medesime sulla diffusione delle notizie in rete.

Le scelte imprenditoriali di questi soggetti non incidono, forse, in maniera diretta sulla *net-neutrality*, come essa è stata finora comunemente declinata, ma certamente incidono sul grado di apertura della rete, sulle modalità di fruizione dei contenuti presenti *online* e più in generale sull'esercizio in rete di una pluralità di diritti costituzionalmente rilevanti sia di libertà sia di partecipazione politica.